Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIV.

1) Nähere Entwickelung der als Rechtsprincip aufgestellten Behauptung: einer Geldforderung könne auch eine solche Geldforderung zur Compensation gegenüber gestellt werden, deren Quantum erst in dem Resultat einer schuldigen Rechnung sich finden lasse *).

2) An welcher Stelle in dem Gange des ordentlichen Processes kann und muß jene Einrede vorgeschützt werden? —

Von Gensler.

§. 1.

Von dem verehrl. Verfasser des vorstehenden Aufsatzes [1]) ausdrücklich aufgefordert, meine Ansicht des aus L. 6. §. 7. Dig. de statuliberis und aus L. 82. Dig. de condit. et demonstrat. von ihm gezogenen Einwandes gegen das obige Princip diesen Ortes zu eröffnen, bemerke ich zuvörderst, daß mir der Inhalt jener Fragmente zwar nicht unbekannt war, dennoch aber nicht einmal der Gedanke in mir sich regte, dort lasse sich ein Zweifelsgrund gegen das von mir aufgestellte doctrinelle Princip erfinden. Ich weiß nicht, ob der angezogene Heidelberger Rechtsspruch auf jene Gesetze gegründet ist, und, wenn es der Fall war, warum man sie in den Gründen nicht andeutete [2]); allein davon finde ich mich überzeugt, daß eben

*) S. d. Archiv B. II. nr. XVII. S. 215. f.

1) d. Archiv B III. nr. XIII. S. 195. f.

2) Als Beispiel mag es dienen, daß es nicht wohlgethan ist, wann die Verfasser öffentlicher Rechtssprüche karg mit dem Anziehen solcher Gesetze sind, welche außer dem Gebiet trivialer Rechtsprincipien liegen. Ihre Meinung gilt nicht als Gesetz, und das Verschweigen der Gesetze, aus welchen sie entschieden, hat die Natur einer heimlichen Justizpflege.

jener Rechtsſpruch deſto weniger den Geſetzen entſpricht, wenn er aus der L. 6. §. 7. D. 40. 7. und L. 82. D. 35. 1. abgeleitet ſeyn ſollte.

§. 2.

Dieſe Geſetze gehören nämlich lediglich in das Gebiet bedingter Vermächtniſſe der Freiheit, und haben mit dem gerichtlichen Proceß gar nichts zu ſchaffen. Wurde dem verwaltenden Sclaven die Freiheit unter der Bedingung legirt, „daß er vor der Manumiſſion erſt Rechnung ablegen ſolle,“ ſo hatte dieſes zugleich auch den Nebenzweck einer Ueberzeugung, daß er jener Liberalität des Teſtators nicht unwerth ſey, oder daß wenigſtens das Legat der Freiheit ihm nicht auch möglich mache, den Erben noch über dieſes zu vervortheilen. In Bezug hierauf ſpricht Pomponius: Qui sub conditione rationum reddendarum liber esse jussus est, docere debet, constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid ex his, quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quod non dederat [3]).

Mit dieſer Bedingung war dann eine zweite, und zwar die eigentliche Hauptbedingung, ſtillſchweigend verbunden, nämlich, „daß er dem Erben auch den ſich ergebenden Ueberſchuß zahle [4]).“ So fährt Pomponius fort: Sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere debet; neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo conditioni, sub qua data est libertas, satisfecerit [5]). Fande ſich kein Reſt, ſo war die Hauptbedingung der Zahlung von ſelbſt erfüllt, oder vielmehr als nicht vorhanden anzuſehen — die geſtellte und für richtig befundene Rechnung purificirte ſofort das Legat der Freiheit. Dort- und davon ſpricht Paulus: Libertate data, si rationes reddiderit, hanc conditionum rationum reddendarum, ut jussus videatur, reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui; quae si nulla

3) L. 111. Dig. 35. 1.

4) Daß dieſes die Hauptbedingung war, iſt desbalb anzunehmen, weil kein Geſetz ſpricht, werde der statuliber als untreu befunden, ſo ſolle er als indignus die Freiheit nicht erhalten,“ vielmehr er auch dann, nach geleiſtetem vollen Erſatz, frei wurde. L. 40. D. 40. 7. L. 41. §. 11. D. 40. 5. Inſoferne war auch hier das Ablegen der Rechnung mehr Mittel zum Hauptzweck, als eine ſelbſtſtändige Hauptſache.

5) L. all. 111. Dig. 35. 1.

sunt, pure accepisse libertatem rel. [6]). — Desgleichen Gajus: Si vero sub conditione rationum editarum legatum sit, per eam conditionem eum jussum esse legatum accipere, ut pecuniam reliquorum reddat, non dubitatur; worauf er dann auch den Rechtssatz ausspricht: findet sich kein Rechnungsrest, so ist die Freiheit purificirt [7]).

§. 3.

Ein ganz anderer Fall war, wann dem mit der Freiheit letztwillig bedachten Sclaven nur das Geben einer bestimmten Summe an den Erben, oder einen Legatar, oder an einen Dritten, zur Bedingung des Ueberganges in den Zustand der Freiheit gemacht wird — si principaliter pro sua libertate pecuniam dare jubetur [8]).

Bediente sich der Testator der Worte: „si reliqua reddiderit," so war dieses natürlich eben so viel, als hätte er gesagt: si rationes reddiderit; denn die reliqua konnten ihre Bestimmung erst durch das Resultat einer Berechnung erhalten — das Mittel zum Zweck sprach sich von selbst aus. Darinnen waren die römischen Rechtsgelehrten an sich gewiß einig [9]); nur bemerkte dabei Callistratus [10]): man dürfe dabei doch nicht übersehen, daß beides, die Ablegung der Rechnung und das Zahlen des Receſſes, doch auch als getrennte Thathandlungen aufzufassen seyen, welche eine doppelte oder gemischte, theils in faciendo, theils in dando bestehende, Bedingung in sich enthielten.

Sprach hingegen der Testator weder: „si rationes reddiderit," noch „si reliqua reddiderit," sondern nur „si decem dederit liber esto," so war mit dieser Zahlung allein die Freiheit bedingt und sofort erworben. Ein solcher Freiheits-Legatar durfte sogar die Summe der Bedingung ex suo peculio dare, welches dann ihm nicht erlaubt war, wann die legirte Freiheit davon abhängig gemacht worden war: si rationes vel si reliqua reddiderit [11]).

---

6) L. 81. Dig. 35. 1.

7) L. 31. Dig. 40. 7. Vergl. a. L. 34. §. 1. Dig. 40. 7.

8) Gajus, in fine leg. cit. 31. D. 40. 7.

9) Eine Mehrzahl von Gesetzen sprechen dieses aus. Man überlese nur die ganzen Pandecten-Titel 35. 1. u. 40. 7.

10) L. 82. Dig. 35. 1.

11) Gajus, in leg. cit. 31. D. 40. 7. Ulpianus, in leg. 3. huj. tit.

Jenes Legat, „si decem dederit“, war also weit günstiger — selbst angenommen, der unter dieser Bedingung für frei erklärte Sclave hatte Rechenschaft über die Verwaltung eines peculii u. d. gl. abzulegen, so würde doch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit [12]) den Eintritt seiner Freiheit nicht aufgeschoben haben, weil diese nicht dortmit, sondern nur mit einem dare bedingt war.

§. 4

In der L. 6. D. de statuliberis wirft nun Ulpian §§. 3. 4. 5. u. 6. seinen Blick zunächst auf jenes dem Sclaven mehr günstige Legat: si decem dederit liber esto, und macht unter andern bemerklich, daß und inwieferne diese Leistung auch an den Käufer der Erbmasse mit Wirkung geschehen könne u. s. w. Dann wendet er sich §. 7. zu dem so bedingten Legat: si rationibus redditis liber esse jussus sit servus, und setzt dabei eines Theils als gewiß voraus, daß die Worte: si rationes reddiderit, auch die Worte: et reliqua solverit, in sich schließen, andern Theils aber ist er mit Callistratus in Leg. 82. Dig. de cond. et demonstrationibus einstimmig, daß eine gemischte oder doppelte, resp. in faciendo, resp. in dando bestehende, Bedingung in eben jenen Worten enthalten sey. Und hierbei nun giebt er die Principien für den Fall an: wenn vor Erfüllung beider Bedingungen der Erbe die Erbmasse verkauft. Er trennt hier beide Conditionen, und lehrt: das facere muß dem verkaufenden Erben geleistet werden, das dare aber geschiehet an den Käufer. Das Grundprincip hierbei ist: „streng- und reinpersönliche Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältnisse zwischen dem Erben als solchem und dem Legatar lassen sich weder activ noch passiv auf einen Käufer fortpflanzen [13])“ — und die Ablegung der Rechnung, dieses facere, gehört dorthin. Durch den Verkauf der Erbmasse wird nämlich die Qualität des Erben nicht aufgelöset, oder fortgepflanzt [14]); die Rechnung war ursprünglich dem Erblasser zu stellen, und es liegt auch zum Theil

---

12) d. h. redliche und vollständige Erfüllung aus erlaubter Quelle. L. 3. §. 5. 8. et 9. L. 17. Dig. 40. 7.

13) Haec enim personis eorum cohaerent. L. 6. §. 7. cit. D. 40. 7. Von dem nämlichen Gesichtspunct aus, wenn auch nicht unmittelbar hierher gehörig, unterscheidet auch Justinian selbst das facere und dare, jedoch mit der Bestimmung, daß das erste nicht durchgängig reinpersönlich sey. L. un. §. 9. Cod. de caducis tollendis.

14) z. B. L. 88. Dig. 28. 5.

in dem Zweck jenes Freiheits-Legats, in dem Sinne der letztwilligen Verordnung, daß der Legatar den Beweis seiner treuen Verwaltung und seiner Treue gegen die Person der Dienstherrschaft deren Repräsentanten vorlege [15]). Aber gewiß konnte selbst der Sclave auf jenes persönliche Verhältniß sich berufen, wollte der Käufer der Erbschaft sich selbst die Rechnung abgelegt wissen [16]). So kommt denn Ulpian mit Pomponius und Sabinus zu dem Resultat: „will der Sclave in die bedingt legirte Freiheit eintreten, so muß er erst dem Erben Rechnung stellen, und dann ist diese justificirt, an den Erbschafts-Käufer das residuum zahlen" — und so läßt sich freilich jenes faciendum als ein von dem Legatar voran zu prästirendes besonderes factum auffassen.

§. 5.

Was soll nun aber dieses, und alles andere, was der Pandectentitel: de conditionibus et demonstrationibus und de statuliberis enthalten, in der Lehre von dem processualischen Gebrauch der exceptio compensationis? Welcher Sprung aus dem Rechtsgebiet bedingter Legate, und aus den gesetzlichen Normen, „wie und wann jene Bedingungen zu erklären und zu erfüllen sind," in das Gebiet des Beweises zerstöhrender Einreden! Hier hat der damit sich schützende Beklagte außer dem Beweis der Wahrheit seiner Einrede weder etwas zu leisten, noch zu geben. Die Herstellung jenes Beweises ist zwar, den Beweis der Klage vorausgesetzt, eine conditio tacita der Wirksamkeit seiner Einrede; allein der Vollzug dieser Bedingung hat seine eigenen Rechtsprincipien — die Beweislehre. Schützt der Beklagte exceptionem compensationis vor und beziehet sich dabei auf eine vom Kläger ihm schuldige Berechnung, so hat letztere lediglich und allein die Natur eines Beweismittels, und die Grundsätze von der Edition der Urkunden, nicht aber die von der Erfüllung der Bedingung eines Legats, kommen zur Anwendung. Was in dem Gebiet der letztwilligen Conditionen als ein besonderes bedingendes Factum erscheint, ist es deshalb nicht auch auf dem Wege zur richterlichen Ueberzeugung, der Kläger habe kein Klagrecht. Die von dem Kläger zwangspflichtig dem Be-

---

15) Nam quod ipse vivus (testator) facturus erat, ab heredibus suis fieri jussisse intelligitur. L. 82. cit. Dig. 35. 1.

16) Dieses liegt ebenfalls in der L. 6 § 7. cit. verb. Et alias sciendum est, eas demum conditiones ad emptorem transire rel. Vergl. a. L. un. §. 9. Cod. de caducis tollendis. Auch ist es ein geringeres onus, dem Dienstherrn Rechnung abzulegen, als einem Dritten.

klagten über das Resultat einer für diesen geführten Verwaltung zu stellende Rechnung ist — wie gesagt — blos eine Beweisurkunde, und zwar ein, wenn nicht dem Beklagten ausschließlich, wenigstens beiden gemeinschaftlich zugehöriges Document, welches, im Gefolge der gesetzlichen Obliegenheiten einer Verwaltung, als Theil von dieser entstehet und vorhanden seyn soll, nicht aber als ein von der Verwaltung verschiedenes Rechtsgeschäft sich ansehen läßt. Zunächst stimme ich einer frühern Abhandlung [17]) und der in dieser aufgestellten Ansicht bei, „daß die Const. 14. Cod. 4. 31. eine falsche Quelle für Principien des teutschen ordentlichen Processes ist," und rechtfertige die dortige beschränkende Auslegung noch mehr mit der gesetzlichen, eines Beleges kaum bedürfenden, Wahrheit, daß auch der römische Proceß einen Beweis der exceptio compensationis auf dem allgemeinen, allen Beweisführern offenstehenden, Weg nicht ausschlosse, wurde sie nicht erst da vorgebracht, wo der Rechtsstreit zu seinem Ende sich neigte. Gegründet spricht der Verfasser der angezogenen Abhandlung: „in der Natur jener Einrede liegt kein Grund, ihren Beweis im Gange des Processes mehr zu beengen, als den der übrigen zerstörenden Einreden — sie könnte vielmehr als stärker begünstiget angesehen werden, weil, ist sie gegründet, die geklagte Forderung ipso jure mit dem Augenblick der Existenz einer Gegenforderung erloschen ist, und weil die Gesetze im Allgemeinen nicht wollen, diese solle durch einen zweiten Proceß, mittelst einer condictio indebiti, realisirt werden [18])." Und wirklich leuchtet jener Geist der Gesetze auch daraus hervor, daß sie mit ihr in eigenen Abschnitten vielfach sich beschäftigen [19]), und selbst gegen den Fiscus sie gestatten, insofern von dessen auch processualisch besonders privilegirten Forderungen die Rede nicht ist [20]). Aber auch aus speciellen Gesetzen ergiebt sich obiges klar genug. Es spricht z. B. ein Gesetz: neque scriptura qua cautum est accepta, quae negas, tradita, obligare te contra fidem veritas potuit, et compensationis aequitatem jure postulas. *Non enim*

---

17) In diesem Archiv B. 2. nr. XVII. S. 210. f.

18) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. L. 3. D. 16. 2.

19) Tit. Dig. et Cod. de compensationibus.

20) L. 21. Dig. 16. 2. L. 3 — 7. Cod. 4. 31. L. 46. §. 5. D. 49. 14.

prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit rel. [21]). Wollte man unter petitio mutua eine Widerklage verſtehen, (was hier nicht geſchehen kann,) ſo würde ſich das obige Princip nur noch mehr beſtätigen: denn es wäre doch ſonderbar, der reconventio eine ſtärkere Aufſchiebekraft beizulegen, als einer zur Vertheidigung vorgetragenen peremtoriſchen Einrede. Und wenn bald darauf verordnet ſtehet: si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies [22]), ſo könnte man dorthei ſogar eine von dem Stiefvater über den Betrag der percipirten Früchte ſich denken; allein ſollten dieſem auch die Worte: debitor tibi constitutus est, entgegen ſtehen, ſo zeigen doch beide Geſetze auf den Weg des ordentlichen Beweiſes hin — inſonderheit die Schlußworte des erſten: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris [23]). Das konnte aber doch wohl eine Beweisführung veranlaſſen, welche in ein weites Feld führte. Dem ſey es, wie es wolle — genug daß nach dem einheimiſchen und nach den Hülfs-Geſetzen die Einrede der Compenſation in dem feierlichen oder in dem ordentlichen ſummariſchen Proceß auch der ordentliche Beweisgang offen ſtehet und daß alſo dem Excipienten auch kein ordentliches Beweismittel abgeſchnitten iſt, wäre auch der Weg zum Beweisgrund noch ſo lang und mühſam!

§. 6.

Mit dieſem Blick wende man ſich nun zu denjenigen Geſetzen, welche der vorliegenden Rechtsfrage noch näher angehören. Non est novum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides rei constare possit, ſpricht das eine [24]). und ein nachfolgendes: justum est desiderium ejus, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis ex-

---

21) L. 6. Cod. 4. 31.

22) L. 8. Cod. 4. 31.

23) Daß beide Geſetze kaiſ. Reſcripte auf einzelne Anfragen ſind, thut dem in ihnen ausgeſprochenen allgemeinen Rechtsprincip und deſſen Anwendung auf alle gleiche Fälle gewiß keinen Abbruch.

24) L. 5. Cod. de edendo. 2. 1.

hibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit [25]). In beiden Geſetzen liegt zuerſt das allgemeine Princip: „der Beklagte kann zu ſeinem Vertheidigungs-Beweis auch von dem Kläger, wäre dieſer ſogar der Fiscus, die Herausgabe dortzu dienlicher Urkunden, namentlich vorhandener, das ſtreitige Rechtsverhältniß betreffender, Rechnungen verlangen.“ Ich glaube nun zwar nicht, daß hiermit der faſt von allen aufgeſtellte Rechtsſatz ausgeſprochen ſeyn ſolle: „der Beklagte habe jene Befugniß allgemein, gleichviel er bezwecke einen directen [26]) oder indirecten [27]) Gegenbeweis;“ ich bin vielmehr der Meinung [28]), daß auch hier die Rechte der Parteien ſich gleich ſind, und daß der Beklagte, inſofern und ſo oft die Laſten eines Klägers ihn treffen ſollen [29]), auch die Geſetze ihm entgegen ſtehen, welche dem Kläger, als ſolchem, das Recht abſprechen [30]), Urkunden-Edition von ſeinem Gegner zu verlangen, und daß hingegen ſelbſt dem Kläger dieſe Befugniß gebührt, inſoweit er in die Lage eines Beklagten eintritt [31]); — allein dieſes auch als die richtige Lehre vorausgeſetzt, und demnach angenommen, der Kläger ſey nicht verbunden, dem Beklagten ein von dieſem zum Behuf des Beweiſes ſeiner mit ſelbſtſtändigen beſonderen Thatſachen begründeten peremtoriſchen Einrede verlangtes Document herauszugeben, tritt dennoch hier das zweite ſelbſtſtändige Rechtsprincip hervor: „daß ſobald einem ſtreitenden Theil, ſey ſolcher Kläger oder Beklagter, ſey er als dieſer oder als jener zu beurtheilen, Eigenthums- oder Miteigenthums-Rechte an dem ihm dienlichen

---

25) L. 6. Cod. ej. tit. 2. 1. Vergl. a. L. 4. Cod. 4. 31.

26) d. h. das reine Nichtwahr der der Klage zum Grund gelegten Thatſachen.

27) d. h. das Wahr der einer zerſtöhrenden Einrede zum Grund gelegten, von dem facto der Klage verſchiedenen Thatſachen.

28) Mit Schweitzer, in dem Lehrb. des ſächſ. bürgerl. Proceſſes. Thl. 1. §. 38. Not. 76. S. 79. ff.

29) Excipiendo fit actor — die peremtoriſchen Einreden ſind ein Gegenangriff. L. 1. Dig. 44. 1.

30) L. 4. et 8. Cod. de edendo. Die in dem letzten Geſetz erwähnte exceptio doli kann die eigene Thatſache der Klage zum Grund und Gegenſtand haben, und der Schluß ſpricht von einer dem Kläger nicht ſchuldigen und nicht zugehörigen Berechnung.

31) Z. B. im directen Gegenbeweis wider die peremtoriſche Einrede.

Beweismittel zuſtehen, er aus dieſem Grund vollberechtiget iſt, die Herausgabe der ſeinem Gegner noch ſo nachtheiligen Urkunde von dieſem zu fordern“ [32]). Und was wäre denn die Rechnung, welche der Kläger den Beklagten zuſtellen und vorzulegen zwangspflichtig iſt, anders, als eine Urkunde, die dem Beklagten, wo nicht allein eigenthümlich, doch gewiß als gemeinſchaftliches Eigenthum zugehört? Man denke nur an den rechnungspflichtigen Tutor, Geſchäftsführer, Mandatar u. dgl. Angedeutet wurde bereits, daß die Rechnung ein Theil des über oder unternommenen Rechtsgeſchäftes ſelbſt iſt [33]), daß ſie mit und in dieſem entſtehen und ſich ausbilden, nicht aber erſt nach vollendetem Geſchäft, oder in der Folge, geſchaffen werden ſoll, als ein beſonderes faciendum — und daß alſo die vom Beklagten zum gedachten Zweck geforderte Herausgabe nichts weniger als die Natur eines ſolchen vom Kläger zu präſtirenden facti hat, mit welchem der Beklagte ſeine exc. cipirte die Klage zerſtörende Gegenforderung aufrechnen — compenſiren wolle. Wirklich eine ſolche Darſtellung wäre keine römiſche Feinheit, ſondern eine auffallende Verwechſelung und Miſchung heterogener Rechtsverhältniſſe!

So habe ich alſo in dem kurzen Zuſatz zu einer für dieſe Zeitſchrift eingeſendeten Abhandlung über den Gebrauch und Beweis der exceptio compensationis im Proceß wohl mit Grund ſtillſchweigend vorausſetzen dürfen: die Berechnung ſey dort nur Mittel zum Zweck — nur Beweismittel — gerade ſo, wie bei jeder Urkunden-Edition. Ob der Beklagte die Herausgabe eines Teſtaments, Kaufbriefs u. dgl., oder die Edition einer gefertigten oder ungefertigten, jedoch pflichtmäßigen, Rechnung verlangt, um daraus nachzuweiſen, daß und wieviel ihm der Kläger als eine compenſable Gegenforderung ſchuldig ſey, iſt überall gleichviel. Niemanden aber kann der Gedanke einfallen, jenes Teſtament, oder jener Kaufbrief, oder vielmehr deren Edition, ſey ein factum, welches der Beklagte zur Compenſation benützen wolle und welches der Kläger deshalb verweigern könne weil das faciendum mit dem dando ſich nicht compenſiren laſſe. Uebrigens will ich nicht weitläufiger ausführen, daß jedes Recht, welches agendo wirkſam gemacht

---

32) L. 4. Cod. 2. 1. verb. alienorum instrumentorum. L. 7. huj. tit. L. 5. D. 10. 2.

33) Eben daher wird ſie mit dem nämlichen Klagrecht und durch dieſes gefordert, welches die actio oder exceptio ſelbſt begründet. L. 9. pr. Dig. 2. 13.

werden darf, noch mehr excipiendo, bis zur Gränze dieſer Vertheidigung [34]), ſich verfolgen läßt [35]), und daß wenn der Beklagte mit der Klage hervorzutreten befugt wäre, „der Kläger (dieſen als Beklagten gedacht) ſolle ihm über ein geführtes beſtimmtes Rechtsgeſchäft [36]) Rechnung ſtellen und dann den Ueberſchuß herauszahlen," er eben ſo gut und noch gewiſſer auch als angegriffener Theil excipiren darf: „aus jener Rechnung habe er eine Gegenforderung an den Kläger, und dieſer möge angehalten werden, die ſchuldige Rechnung heraus zu geben." Denn die generelle Regel: „der Kläger kann nicht verurtheilt werden," iſt nur auf die Hauptſache zu beſchränken, nicht aber auf Nebenpunkte [37]) auszudehnen, und — wiederholt ſey nur noch dieſes — ſo wie es Klagen giebt, deren Object erſt in dem Reſultat einer zunächſt dem Beklagten ſelbſt ex jure obliegenden Thätigkeit eine feſte Beſtimmung erhalten kann, ſo muß es auch dergleichen Einreden geben; man könnte und wollte denn den Zuruf der Geſetze ſtreichen: cui tamus actiones eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit [38]).

§. 7.

Ergiebt ſich kein residuum der excipiendo zum Zweck der Compenſation geforderten und herausgegebenen Rechnung, — nun — ſo hat der Beklagte nicht bewieſen, was er beweiſen ſollen und wollen, und es treffen ihn die vergeblich veranlaßten Proceßkoſten — gerade ſo, wie wenn er durch andere Beweismittel irgend einer Art, mit oder ohne Editionsgeſuch, den Beweis jener Einrede unternommen und nicht geführt hätte. Ergiebt ſich aber ein Rechnungsreſt, ſo ſind die Bedingungen der Compenſation gegeben — Geldſchuld gegen gleichgroße Geldſchuld löſet ſich auf. Verneint der Kläger das vom Beklagten behauptete Rechtsgeſchäft, mit welchem die Geſetze die Verbindlichkeit einer Rechnungsführung verbinden, ſo wird dem Beklagten der Beweis des Seyns jenes Rechtsgeſchäft aufgelegt und, iſt er gelungen, nur erkannt: „der Kläger iſt ſchuldig, die Rechnung herauszugeben, worauf ſo-

---

34) d. h. zum Zweck der Entbindung von der Klage.

35) Das Recht an ſich kann agendo und excipiendo verfolgt und realiſirt werden — die Einreden ſind auch Rechtsverfolgungsmittel.

36) Z. B. als Socius u. d. gl. L. all. 9. pr. Dig. 2. 13.

37) Zu dieſen gehört die Urkunden-Edition im Beweisverfahren.

38) L. 156. §. 1. Dig. 50. 17. L. 1. §. 4. in fine Dig. 43. 18.

dann wegen der Compenſation weiter ergehet, was den Rechten gemäß iſt.“ Kann der Beklagte jenen Beweis nicht führen, ſo erlediget ſich die exceptio compensationis natürlich von ſelbſt als unſtatthaft. Von ſelbſt verſtehet ſich auch hier überall, daß die Einrede an der legalen Stelle im Proceß vorgeſchützt worden ſey. Inſofierne iſt ſie am wenigſten nach den Principien des teutſchen Proceſſes privilegirt. Hier muß ſie der Einlaſſung auf die Klage ſofort angehängt, oder als noviter reperta gerechtfertiget, oder eine andere geſetzliche causa restitutionis in integrum an- und ausgeführt werden [39]). Darauf hingeſehen iſt der teutſche Proceß feſter geregelter und ſtrenger, als der Römiſche in der C. 14. Cod. de compensationibus. Jede dem Beklagten zur Zeit der Litisconteſtation bekannte, ſolcher aber nicht angehängte zerſtöhrende Einrede iſt für dieſen ganzen Rechtsſtreit, vermöge ſtillſchweigenden Verzichts auf ihren dermaligen Gebrauch, verſäumt [40]). Als nachgeſchleppt wird ſie aus dieſem Grund des Verſäumniſſes zurückgewieſen, nicht aber deshalb, weil ihr Beweis nicht liquida ſondern multis ambagibus innodata ſey.

Wird die exceptio compens. zu rechtserlaubter Zeit vorgeſchützt, oder aus beſondern Gründen geſetzlich erlaubt nachher noch vorgetragen, ſo kann eine ſchwierige Beweisführung ihren Gebrauch als Einrede um ſo weniger ausſchließen, als ja ſelbſt der Kläger über den verneinten Klaggrund eine ſchwierige Beweisführung — multis ambagibus innodatam probationem — auf dem Wege des ordentlichen Proceſſes unternehmen darf. Sollte alſo über die herausgegebene Rechnung ein Incident-Streit entſtehen — ein Rechnungsproceß [41]) — ſo macht auch dieſes die exceptio compensationis nicht verwerflich, indem ja ein ſolcher Rechnungsproceß ſelbſt zum Zweck, das Object der Klage [42]) feſtzuſtellen, ſogar in der Executions-Inſtanz noch rechtsmöglich iſt. Aber daß ſie, wie andere soge-

---

39) Claproth, in dem ord. Proc. §. 141. ibi leg.

40) „Wie auch was er dabei (bei der Antwort auf die Klage) dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben mögte, alles auf einmahl, bei Strafe der Präclusion, einbringen,“ lauten die Worte des R. A. v. 1654. §. 37.

41) Z. B. der Beklagte verneint einzelne Anſätze der Ausgabe, behauptet, in der Einnahme fehlten beſtimmte Summen u. d. gl.

42) Wenn nämlich der Kläger nach der Natur der Klage generell bitten und von dem Beklagten Rechnung fordern durfte.

nannte privilegirte Einreden, in der Executions-Instanz, ohne Behauptung und Bescheinigung, „sie sey noviter reperta,“ oder ohne restitutio in integrum ex causa legali, noch vorgeschützt werden könne, wenigstens unter der Bedingung eines schleunigen liquiden Beweises [43]), ist auch ein falsches, dem Zweck und Geist der einheimischen Gesetze widersprechendes Princip [44]). Einreden vorzuschützen oder hinwegzulassen, stehet nach der Verhandlungsmaxime zwar in der Willkühr des Beklagten; will er aber Gebrauch von ihnen machen, so muß er es zu der Zeit thun, wo die Gesetze ihm die Station ausdrücklich und unter dem Androhen des Rechtsnachtheils bezeichnen; daß sie sonst nicht beachtet werden sollen [45]). Diese Vorschrift ist allgemein, und das Ausnehmen solcher Einreden, welche nach den Hülfsrechten einen Vorzug im Proceßgang haben sollten, tritt mit dem Zweck jener teutschrechtlichen Vorschrift: „gleich im ersten Abschnitt des Proceſſes sollen die gegenseitigen factischen, der Hauptsache angehörigen, Streitpunkte auf- und festgestellt werden,“ dergestalt in Widerspruch [46]), daß der teutsche Proceß nicht seyn könnte, was er seyn soll. Man kann daher nicht sagen, das römische und canonische Recht könne hierunter neben dem teutschen Proceßrecht bestehen. So lange die Proceß-Entwickelungs-Gesetze des röm. u. canon. Rechts mit denen der teutschen Gesetzgebung verknetet und verwechselt werden, verkennt, verzerrt, und höhnt man den Geist des so mannichfaltig gemißhandelten, selbst in Teutschland von so Wenigen verstandenen, teutschen Proceſſes.

---

43) Claproth, a. a. O. §. 144. ibi all.

44) Vergl. Note 40.

45) Vergl. Note 40.

46) Gönner, in dem Handb. des t. Proc. B. 2. Abh. XXXIII. §. 11.